Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 206
AÑO LXVII
JULIO-DICIEMBRE 1999
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

CRIMINALIDAD SEXUAL Y LA REFORMA AL CODIGO PENAL Y A OTROS CUERPOS LEGALES SOBRE DELITOS SEXUALES

HERNAN SILVA SILVA
Profesor de Ciencias Penales y Criminología
Facultad de Derecho
y vicepresidente del Instituto de Criminología
Universidad San Sebastián

Con fecha 12 de julio de 1999 se publicó en el *Diario Oficial* Nº 36.410, la Ley Nº 19.617, que "Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materia de violación", la que empezó a regir de inmediato, la que no tiene artículos transitorios y que analizaremos sumariamente.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS LEGISLATIVOS

El aumento de los crímenes sexuales, perpetrados con fuerza física, en especial la violación, es un fenómeno de tipo mundial, al que no está ajeno nuestro país, agudizándose en las últimas décadas. Los atentados sexuales afectan a un gran número de la población, específicamente a menores de edad, como es de público conocimiento, dándose casos horrorosos de violación y la crueldad empleada por los autores, varios de ellos con resultado de muerte, los que han causado una verdadera conmoción y alarma pública, algunos acaecidos en nuestra zona y que fueron ampliamente publicitados por los medios de comunicación.

Esta situación preocupó al Gobierno y a los parlamentarios, razón por la cual se promulgó la Ley 19.617, en el mes de julio pasado, y cuyo proyecto, sobre la materia se empezó a tramitar en el año 1993, bajo el gobierno del Sr. Aylwin, modificando sustancialmente la tipología de los delitos sexuales y sus penas, creándose nuevas figuras, otras reformuladas y ciertas normativas especiales en el Código de Procedimiento Penal, concerniente a tales infracciones.

Se sostiene que en Chile hay más de 20.000 episodios de violencia al año, y que de los acusados sólo el 1,42% sufre condena (*Boletín de la Cámara de Diputados de Chile*, Nº 1048-07.1, de mayo de 1995). En el mismo documento se agrega: "A ello debe sumarse la baja edad de las víctimas de los delitos de violación, estupro, violación sodomítica y abusos deshonestos, las que en un 71,5% son menores de

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

edad. De esa cifra, un 7,3% corresponde a menores de 4 años; el 24,5% a menores entre 5 a 9 años; un 25,5% a menores entre 10 a 14 años, lo que hace un total del 57% de menores de 14 años afectados". La ministra de Justicia, Soledad Alvear, en la Sesión Nº 13 del Senado, del 22 de diciembre de 1998, manifestaba: "En efecto, de acuerdo al Anuario Estadístico del Servicio Médico Legal, 15,07 por ciento de las víctimas de agresiones sexuales tenía menos de 4 años de edad; más de 43 por ciento, entre 5 y 9 años; 26,64 por ciento, entre 10 y 14 años; 8,82 por ciento entre 15 y 19 años; 5,88 por ciento, entre 20 y 29 años, y 2,02 por ciento, entre 30 y 39 años. El 0,55 por ciento eran personas mayores de 40 años".

En uno de los diarios de sesiones del Senado, del 18 de mayo de 1999, se complementa lo anterior, "... cerca de un 75% a 80% de los casos de violencia sexual no llegan a ser denunciados, lo que significa que entre 7 y 8 de cada 10 hechos de abuso sexual no llegan siquiera a ser conocidos por la justicia.

En este sentido, sólo con el objeto de citar alguna de las investigaciones realizadas en esta materia, entre los años 1985 y 1989 se registraron 19.108 procesos judiciales por delitos sexuales, lo que arroja una estimación de un total aproximadamente de 150.000 abusos sexuales ocurridos en dicho período, es decir cerca de 30 mil casos por año. Si al mismo tiempo observamos el número total de condenas para igual período –2.130 condenas–, éstas vienen a representar sólo un 1,42% de los hechos ocurridos en el país en dichos años.

Estos antecedentes nos permiten concluir la relevancia que tiene la nueva ley de delitos sexuales. Ello permitirá aumentar el número de condenas y mejorar la eficiencia de la persecución criminal de estos hechos que revisten la máxima gravedad".

Es importante, desde el punto de vista de la criminología, el considerar las consecuencias que deben soportar las víctimas de estos ilícitos sexuales, ya que, además de los traumatismos físicos, se presentan secuelas de corte psíquico o mental, que duran más que las primeras, afectando principalmente, a futuro, su vida conyugal, familiar y sexual.

Hay que destacar en la delincuencia sexual, que las personas que ejecutan tales hechos están vinculadas directa o indirectamente con la víctima. En el Boletín de la Cámara, ya referido, se estableció: "También hay que tener en cuenta las frecuentes vinculaciones de parentesco, amistad o simple conocimiento entre el sujeto pasivo del delito y el victimario, que representan el 71,8% de los casos. La existencia de padres y parientes ofensores alcanza casi el 30%".

Desde el punto de vista procesal, en los diversos juicios, el autor de los delitos de violación niega sistemáticamente la existencia de la relación sexual forzada, agregando que ésta se produjo por provocación de parte de la víctima o que la fue con su consentimiento. Esto es observado, fundamentalmente, en los continuos juicios en los Estados Unidos de Norteamérica y en varios países europeos, lo que hace que su defensa sea difícil, radicándose prácticamente en la víctima la responsabilidad en los hechos investigados.

También anotaremos, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, que con respecto a la víctima (la que en nuestro país, antes de la modificación, en el delito de violación, sólo era sujeto pasivo la mujer, hoy se hace extensiva al varón), concu-

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rre una dificultad probatoria procesal para establecer fehacientemente que ella haya sufrido un acceso carnal contra su voluntad. Sobre esta materia, la diputada María Angélica Cristi, en otro proyecto de Ley Modificatorio de los delitos de violación y sodomía, de 17 de noviembre de 1992 (no tramitado), exponía en el *Boletín* Nº 871/07, que "actualmente la forma de comprobar el delito de violación es vejatorio, engorroso y caduco, porque la víctima tiene que narrar una y otra vez la forma en que la agredieron, hacer pública su vida sexual anterior y ser examinada físicamente varias veces por facultativos de diversa índole y específicamente por médicos del instituto médico legal".

Más adelante, la Sra. Cristi acotaba: "Sin embargo, éste es un crimen que muy pocas veces se denuncia, debido a los mitos y circunstancias que rodean a la violación por ejemplo, si la víctima es una mujer –aunque parezca contradictorio– se sospecha que puede ser directa o indirectamente responsable de lo acontecido, y si la víctima es una niña o un niño, no lo denuncia porque no puede, no sabe o los adultos cercanos a quienes les confiesan lo que está pasando, no les creen o no quieren denunciarlo.

Por otro lado existe desconfianza por parte de la población respecto del castigo con que se penará al violador, dado que en numerosas ocasiones y, por falta de pruebas, queda en libertad a pesar de la denuncia efectuada en su contra".

La intensificación de los crímenes sexuales, tales como, violación, sodomía, estupro, rapto, incesto y abusos deshonestos, han creado una verdadera "delincuencia sexual", esto es, sujetos que se dedican exclusivamente a cometer tales delitos, y en varios casos son reincidentes.

Desde el punto de vista de la psiquiatría criminal, se sostiene que tales individuos, en su mayoría, tienen un fuerte compromiso o alteraciones mentales, o desviaciones del instinto sexual normal, lo que los hace cometer aberraciones sexuales o conductas sexuales desviadas o contra natura, pero que conservan su discernimiento y lucidez, y siendo, por lo tanto, imputables y responsables penalmente de sus actos. Cuando padecen de una psicosis o enfermedad mental, catalogada de "locura o demencia", según el Código Penal, artículo 10 Nº 1, serían legalmente inimputables y no estarían afectos a sanciones penales. Esta anomalía mental tiene que estar suficientemente acreditada por informes médico-legales psiquiátricos y declarado judicialmente por el Tribunal que está conociendo de la causa.

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial , desde hace bastante tiempo en los términos "locura o demencia", que son los indicados en el Código Penal, se engloban una serie de psicosis, tales como la esquizofrenia, demencia, epilepsia, paranoia, psicosis maníaco depresiva, ciertas oligofrenias, etc., y las que tendrán que ser determinadas para el juicio de inimputabilidad, reiteramos, por los informes periciales médico-legales de psiquiatras o médicos legistas, especializados en tal rama, para establecer su gravedad y duración y ser apreciadas en definitiva por el juez, como eximente de responsabilidad criminal o, en su caso, si no tienen tal carácter, como una atenuante que rebaja la pena, atento a lo dispuesto en el artículo 11 del Código Penal, en relación con el artículo 10 Nº 1 del mismo cuerpo legal.

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

II. ANALISIS DE LA REFORMA EN MATERIA DE ATENTADOS SEXUALES

Trataremos en el orden que lo hace la ley en estudio, las innovaciones a los delitos sexuales. Se derogaron los artículos 358, 359 y 360, del Código Penal, que se referían al delito de rapto, cuyas conductas pueden ser consideradas dentro del secuestro cuando se perpetra para imponer exigencias o arrancar decisiones, del artículo 141, inciso 2º del Código Penal. Se sustituye el artículo 362 del Código Penal, que trataba el denominado "principio de ejecución", el que en el fondo se deroga y que traía una serie de problemas interpretativos, aunque algunos salvados por la jurisprudencia y, por lo tanto, hoy se aplica el *iter criminis* en la fase de tentativa y de frustración.

Recordemos que se estimaba consumada la violación desde que existía el principio de ejecución, no procederían las etapas de la tentativa ni de la frustración. Otros decían que éste era el inicio del acto sexual y no se refiere a hechos anteriores.

La jurisprudencia dictaminó que este principio se entendía a la cópula sexual misma y que antes pueden presentarse actos directamente encaminados a la cópula, los que se sancionan en los grados de tentativa o de la frustración.

En virtud de esta reforma, se crea un verdadero y moderno Derecho Penal Sexual, pero dependiendo naturalmente como tronco del Derecho Penal propiamente tal, y se adecua la legislación a los nuevos conceptos socioculturales en materia de agresiones sexuales, y a la normativa del Derecho Punitivo Comparado.

Según los informes señalados en los boletines de la Cámara de Diputados, como del Senado, el bien tutelado por la ley es, ahora, la libertad sexual (como lo es el criterio reconocido en otras legislaciones, tales como la alemana, francesa, colombiana, mexicana, etc.) y no otros, como podría ser la honestidad, el pudor, etc. Dentro del concepto de libertad sexual no está referida exclusivamente la mujer, sino que hoy día también el varón, ya que la norma jurídica emplea el vocablo "persona", englobando a ambos, y la que se conceptualiza como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo para efectos sexuales, según la jurisprudencia española y también la capacidad del sujeto para no ejecutar los actos sexuales que él no desee, o contra su voluntad.

Revisando textos españoles, Carmona Salgado, vinculado a esta materia, nos dice: "En este contexto, la libertad sexual mayoritariamente concebida por la doctrina estudiosa del tema (González, Carmona Salgado, Orts) en una doble vertiente: positivo-dinámica, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a efectos sexuales (S.T.S. de 8 de octubre de 1969), es decir, facultad del sujeto a comportarse en el plano sexual de acuerdo con sus propios deseos, tanto en lo referente a la relación misma como en lo relativo a la elección de su destinatario, y negativo-pasiva, consistente en la capacidad del sujeto para no ejecutar los actos de naturaleza sexual que no desee, esto es, facultad de oponerse jurídicamente al constreñimiento de otro, en orden a la realización o tolerancia de actos sexuales" (Polaino, p. 241).

Lo anterior, y también lo sostienen los doctrinadores y autores, que se aplicaría tal concepto frente a las víctimas capaces de entender la naturaleza del acto sexual, pero en el caso de este atentado en contra de incapaces, privados de sentido

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

o cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental, a estos sujetos no se les está protegiendo la libertad sexual según lo expuesto sino que su indemnidad o intangibilidad sexual.

1. El delito de violación

En el presente, en la violación son sujeto pasivo tanto un hombre como una mujer. Antes sólo lo era la mujer, como lo hemos ya manifestado; según el artículo 361 del Código Penal, en la actual redacción se emplea el vocablo persona compresivo del hombre y la mujer, y ambos pueden ser sujetos activos o pasivos del injusto. En cuanto a la conducta, además del acceso carnal por vía vaginal, que es el acto natural normal o biológico, se amplía a otras acciones de contenido sexual, como sería el acceso por vía anal, que se denomina contra natura, o bucal conocido como *fellatio*, que es en nuestro concepto una figura asimilada y que podría haberse incorporado al nuevo delito de abuso sexual del artículo 366 que revisaremos. Podría discutirse, si puede darse en la práctica la violación entre mujeres por vía vaginal o por vía anal, lo cual es bastante complejo, por la estructura o morfología de los órganos sexuales, los cuales no permiten una penetración en tales orificios.

Las hipótesis penales descritas son similares a las del Código Penal español.

Relativo a la edad de las personas, se hace una distinción si es mayor o menor de doce años.

Se sustituye el artículo 361 por el siguiente: "La violación será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de doce años, en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima".

De acuerdo a esta disposición la sanción es de 5 hasta 15 años.

Sustitúyese el artículo 362 por el siguiente: "El que accediere carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de doce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior".

Según el artículo 362, transcrito, se castiga la violación por las mismas vías descritas en el artículo anterior, esto es, cuando se accediere carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, aunque no concurra alguna de las circunstancias ya enumeradas del artículo 361. La pena es de 5 años y un día a 20 años.

El anterior artículo 361 del Código Penal, en su Nº 3, castigaba este delito si se trataba de menores de 12 años, con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, de 10 años y un día a 20 años.

Como se ha visto, también se cambió la expresión "yacer", que contemplaba el antiguo artículo 361 del Código Penal, aunque en un momento se quiso éste mantener en el proyecto. Según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, se entendía por yacer la relación sexual normal-biológica o por vía vaginal. Otros, am-

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pliando el verbo rector, entendían, pero en forma minoritaria, el coito anal y bucal, mediante la reforma se amplía, como se anotó, las tres formas de acceso carnal: vaginal, anal o bucal. Antes era exclusivamente un contacto vaginal heterosexual, según el artículo vigente puede ser hétero u homosexual.

Otras legislaciones al respecto, como por ejemplo lo es la francesa, al describir estos ilícitos, indican "cualquier forma de penetración"; en la legislación argentina "acceso carnal"; lo mismo ocurre en la colombiana, uruguaya y española, el Código Penal español se refiere "al acto sexual".

De consiguiente, como se amplió las formas de comisión, tiene que hablarse necesariamente de acceso carnal.

Esta ley que estamos examinando deroga en forma expresa el artículo 362 del Código Penal, que se refería "al principio de ejecución". Según éste, el delito de violación se estimaba consumado desde que existía el principio de ejecución.

Como es sabido de todos, este artículo traía una serie de interpretaciones, las que hoy día están superadas. No cabe, por lo tanto, duda alguna que en el presente la violación admite los grados imperfectos de tentativa y de frustración, y con los efectos propios que traen en relación con la disminución de la pena, de 2 grados o de uno respectivamente, con respecto al delito consumado o perfecto.

En el Nº 2 del artículo 362 se introduce una nueva redacción, esto es, cuando la víctima sea privada de sentido o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia. La doctrina española analiza la privación de sentido, la que supone la carencia o grave perturbación de las facultades cognoscitivas y volitivas de la víctima, por razones no patológicas, es decir, consiste en un estado de inconsciencia no morbosa, de carácter transitorio (Muñoz Conde). Entre las circunstancias de privación de sentido, se indican los estados producidos por la ingesta de drogas, la embriaguez alcohólica, la hipnosis, efectos de la anestesia, etc.

En el numeral 3 se emplea la oración, cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima. Aquí se trata que el sujeto activo abusa, esto es, tiene conocimiento que la víctima padece de una enajenación y se aprovecha de ella, y que no sabe o se encuentra incapacitada para comprender el significado del acceso carnal. Esta materia cae en el campo de la psiquiatría criminal; habría que analizar que tipos de alteraciones padece, tales como psicosis, retardos mentales, esquizofrenia, paranoias, epilepsias, demencias, etc. En el fondo, la persona no comprende, ni valora el alcance del acto sexual, justamente por padecer de problemas mentales, pierde el juicio de realidad y de esta circunstancia abusa el autor.

Un problema que se ha planteado es en relación con las personas que tienen alguna patología mental, en el sentido de si pueden o no tener relaciones sexuales voluntarias, ya que algunos sostienen que de no ser así, se les estaría privando de una función que le ha dado la naturaleza a todos los seres humanos, sin distinción alguna.

2. El delito de estupro

Tocante al estupro, el artículo 363 tiene el siguiente tenor: "Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente,

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aún transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual".

La pena es de 541 días a 5 años. Se comete estrupo con una persona, varón o mujer, entre 12 y 18 años, antes eran sólo víctimas las mujeres catalogadas como doncellas, requisito que se elimina, y que para algunos eran las vírgenes, o que no habían conocido hombre o tenido contacto sexual. Si es menor de 12 años rige el artículo 361 y el delito sería violación y no estupro.

En la circunstancia 2ª, como se anotó en los boletines, se hizo una enumeración por vía del ejemplo, con vínculo de dependencia familiar o no, y ligado a una relación de dependencia de la víctima.

En el antiguo artículo 363 se contemplaba un requisito fundamental consistente en que el sujeto activo hubiera engañado a la mujer mayor de 12 y menor de 18, el que rige para uno solo de los casos.

El legislador, en el Nº 2, tipifica el prevalimiento o aprovechamiento que tiene el sujeto activo con respecto al pasivo, abusando de una relación de dependencia. En la hipótesis 4ª, la Comisión Mixta precisó que esta conducta sólo puede ocurrir cuando la víctima es una persona susceptible de ser engañada por su ignorancia o inexperiencia, la que se enfrenta con un individuo sexualmente experto, que por lo mismo tiene una capacidad de manipulación de la voluntad del menor para llevarlo a una interacción sexual. El engaño, por lo tanto, consiste en una modalidad precisa de abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual (*Boletín* 1048-07). Doctrinariamente, puede considerarse el estupro con engaño como un fraude o estafa sexual, ya que mediante tal ardid se consigue una satisfacción sexual.

3. El delito de sodomía

El artículo 365 señala: "El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio".

La pena corre de 61 días a 3 años. Se limita este delito a la relación carnal con un varón menor de 18 años. La doctrina y jurisprudencia nacional, conceptualizan la sodomía como "la relación sexual entre varones por vía anal".

El antiguo artículo 365 del Código Penal se refería al procesado por el delito de sodomía, no especificando la conducta propiamente tal, y que incluso algunos hablaban de una tipicidad abierta o que era un precepto inconstitucional.

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La Comisión Mixta dejó constancia "que el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón, lo que se hace cargo del hecho de que el lesbianismo históricamente no ha estado sancionado" (*Boletín* 1048-07).

Con esta nueva ley se modifica el artículo señalado, en el inciso 1º, y se elimina la sodomía calificada o agravada, que algunos denominaban como violación sodomítica.

En la actual redacción, ya analizada, y con respecto a esto último, esta hipótesis estaría englobada en el nuevo artículo 361, en que la acción típica es común a ambos sexos y, por su parte, en el artículo 363, vinculado al estupro, también se incluye al varón, al emplearse el término persona.

Este artículo 365 de la nueva ley castiga la sodomía cuando un varón adulto accediere a un menor de dieciocho años de su mismo sexo.

Un sector del Parlamento y considerando la legislación comparada, era de opinión de despenalizar estas conductas, toda vez que cuando hay relaciones sexuales voluntarias entre varones, no existiría una víctima afectada en algún bien jurídico, y por lo tanto, no se atentaría a la libertad sexual de los sujetos. Consideremos que en los atentados sexuales, y según las tendencias modernas, se entiende la libertad sexual como un bien jurídico, tanto en el hombre como en la mujer, lo que no se produciría en la sodomía, porque se produce pleno consentimiento de las partes involucradas, y no existe, por lo tanto, violación de la libertad sexual.

Se agregó en el *Boletín* consultado Nº 1.048-07-1, del 10 de mayo de 1995, a la letra, lo siguiente, con respecto a la sodomía: "El despenalizar sería una excelente señal de humanidad y de bienestar. Pretender prohibirla es inhumano y es dañino e irracional".

Por último, sobre esta materia, se tuvo presente que en el Derecho Comparado se ha ido eliminando este delito como lo fue en España y en Bélgica, y que en algunos países lo tipifican como Ecuador y Alemania, pero sólo en casos muy concretos y determinados en la ley.

4. El delito de abusos deshonestos

En los abusos deshonestos, que se pasan a denominar "Conductas de abuso sexual", hay una serie de innovaciones, y se crean tipos penales:

Reemplázase el artículo 366 por los siguientes:

"Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado:

1º Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361 (violación).

2º Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere menor de edad".

Artículo 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de doce años, cuando no concurran las circunstancias enumeradas en los artículos 361 (violación) o 363 (estupro) será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si concurre alguna de esas circunstancias, la pena será de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

Artículo 366 *ter*. Para los efectos de los dos artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

Artículo 366 *quater*. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de doce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Con la misma pena será castigado el que empleare un menor de doce años en la producción de material pornográfico.

También se sancionará con igual pena a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363".

Lo importante en esta nueva tipificación es que el legislador define lo que debe entenderse por acción sexual, ya que en la normativa anterior derogada se prescribía en el artículo 366, "el que abusare deshonestamente", terminología que es bastante amplia y que no estaba conforme a los principios del Derecho Penal, en el sentido que la conducta tiene que estar descrita o pormenorizada con la mayor estrictez posible, según el principio de la legalidad o de la reserva legal. La doctrina imperante en este punto define los abusos deshonestos como "todo acto de tipo libidinoso o lúbrico, tocaciones, manipulaciones, etc., de corte sexual, que no signifique cópula".

En la ley, al indicarse que es cualquier acto de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal con la víctima o que haya afectado a sus genitales, la región anal o la boca de la víctima, aun cuando no hubiese tenido contacto corporal con ella, puede estimarse que la tipicidad ya no es tan abierta o elástica, sino que un tanto más rígida. En todo caso, corresponderá al juez, en definitiva y en la sentencia condenatoria, la calificación de si es o no "acción sexual" la efectuada por el procesado, pero que no signifique "acceso carnal".

En el artículo 366 *quater*, se crea un nuevo tipo, en el cual se involucran a los menores en acciones de contenido sexual o en producción de material pornográfico. En estos casos, no existe un contacto físico con la víctima, si no que se estaría afectando su aspecto mental, "la indemnidad sexual" del menor de 12 años o la "autodeterminación sexual" del mayor de 12 años y menor de 18.

En la parte primera del artículo 366, se mantiene, eso sí, que la conducta de abuso sexual tiene que ser una acción sexual distinta del acceso carnal, esto es, se excluyen cuando se ejecuta por las tres vías ya analizadas más arriba.

La normativa vista hace una distinción, la que tiene importancia para la pena, cuando este abuso sexual es cometido con las circunstancias de la violación, el que tiene una pena mayor y cuando se comete con la circunstancia del estupro, que tiene una pena menor.

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Igualmente es relevante el 366 *quater*, al penalizar al que, sin ejecutar una acción sexual de las indicadas en los numerales anteriores, se procura su excitación sexual o la de otro, o acciones sexuales ante una persona menor de 12 años, o la hiciere ver o escuchar material pornográfico, o la obligare a realizar acciones sexuales delante suyo o de otro, y al que empleare a un sujeto menor de 12 años en la producción de material pornográfico.

Sin entrar al detalle de cada una de las penas del nuevo ordenamiento del artículo 366, éstas irían desde los 61 días hasta los 5 años.

En cuanto a la explotación de la pornografía infantil que opera por diversos medios de difusión, entre ellos en Internet, varios parlamentarios manifestaron su preocupación al respecto. Algunos indicaron que esta problemática queda cubierta por el delito de asociación ilícita del artículo 292 y ss del Código Penal, en concurso con la difusión de material pornográfico del artículo 374 y esta otra figura de utilización de un menor de doce años en la producción del material pornográfico. También se anotó que este artículo 366 no se refiere a la producción, difusión, comercialización o exhibición de material pornográfico, que se rigen por otras normas, sino que proteger a los menores impúberes frente a su involucramiento en contexto de significación sexual, algunos de ellos requerido por la producción de material pornográfico (*Boletin* 1.048-07).

5. Las agravantes

El artículo 368 de la ley señala agravantes para los delitos previstos anteriormente, cuando "...hubieren sido cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se impondrá al responsable la pena señalada al delito con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una divisible.

Exceptúanse los casos en que el delito sea de aquellos que la ley describe y pena expresando las circunstancias de usarse fuerza o intimidación, abusare de una relación de dependencia de la víctima o abusare de autoridad o confianza".

Esta agravante de la pena, se hace en consideración a las funciones de su cargo que tiene una persona cuando comete un hecho punible, salvo los casos en que la ley los hubiese penalizado como un delito específico.

6. Las acciones penales o procedimentales

Las acciones que provienen de los atentados sexuales tienen la calidad procesal de ser mixtas en conformidad a la ley, tiene que haber a lo menos una denuncia de los organismos o las personas enumeradas en el artículo 369.

El artículo 369 preceptúa: "No puede procederse por causa de los delitos de violación, abusos deshonestos o que para poder perseguirse judicialmente los delitos ya explicitados, tiene que haber, a lo menos, denuncia a la Justicia, al Ministerio Público, o a la Policía, por el ofendido, por sus padres, abuelos, guardadores o por

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quien la tuviere bajo su cuidado. Si la ofendida, por causa de su edad o estado mental, no pudiera hacer la denuncia por sí misma, no tuviere a las personas ya individualizadas o así teniéndolas, estuvieren imposibilitados o implicados en el delito, la denuncia podrá ser efectuada por los educadores, médicos, u otras personas que tomen conocimiento del hecho por sus actividades, o también por oficio, por el Ministerio Público, quien está también facultado para iniciar las acciones civiles a que se refiere el artículo 370".

En virtud de lo anterior, se derogó el Nº 3 del artículo 18 y el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal. Conforme a la modificación, a la fecha no sólo puede hacer la denuncia el ofendido o ciertos parientes indicados por la ley, sino que también las personas que tomen conocimiento de los atentados sexuales por las actividades que ellos realizan, por vía de ejemplo los educadores y los médicos.

El antiguo artículo 369, reemplazado, contemplaba en su inciso 4º, en materia de ciertos delitos sexuales, entre éstos la violación y el estupro, que se suspendía el procedimiento o se remitía la pena, casándose el ofensor con la ofendida, que era considerada como una excusa legal absolutoria que eliminaba la pena, la que hoy se encuentra derogada.

7. El delito de violación conyugal

El artículo 369, inciso 4º, se refiere a la violación del artículo 361, y el 366 Nº 1, "al que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal, fuera perpetrado por el cónyuge o conviviente, se aplicarán las siguientes reglas:

1º Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2º o 3º del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2º Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el Juez no lo acepte por motivos fundados".

Por primera vez en nuestra legislación penal se contempla, en forma expresa, la violación conyugal o entre cónyuges y también la entre convivientes. Esto significa que asimismo, en su caso, la mujer podrá iniciar las acciones penales, por el delito de violación o abuso sexual, cuando hubiese sido cometido con fuerza o intimidación por su cónyuge o conviviente. Se discutió si antes de esta ley la violación conyugal era atípica, vale decir, impune o no castigada, o era un delito. Hoy día no cabe la menor duda que la violación conyugal y en la forma ampliada de la relación sexual, por vías naturales o no naturales, es un delito. Además, podrá perseguirse la responsabilidad penal por el cónyuge o conviviente en contra del otro.

En el Derecho Comparado también se ha planteado una duda sobre el aspecto antijurídico o ilícito de la violación conyugal. Para algunos, aunque ésta se hubiese producido, no sería antijurídica, no obstante ser típica, ya que el marido estaría exigiendo o haciendo uso de sus derechos matrimoniales, otorgado por el matrimonio y que el cónyuge sólo estaría ejerciendo un legítimo derecho. Se aceptaba esta violación sólo en los casos de enfermedad de la mujer, peligro para los

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hijos o por ser el marido portador de infecciones, o de enfermedad de transmisión sexual, o SIDA.

Existe en la actualidad consenso que la violación conyugal, empleando la fuerza o intimidación, y ejercida por uno de ellos en contra del otro, debe ser penalizada, ya que se estaría cometiendo un delito y no es lícito el ejercicio de cualquier derecho, aunque sea conyugal, por medio de la coacción o de la fuerza.

8. La apreciación de la prueba

El artículo 369 bis expone: "En los procesos por los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica".

Se refiere el precepto a que, en los procesos por los delitos estudiados, el juez apreciará la prueba conforme a las normas de la sana crítica. Esto es, que el Tribunal ponderará los medios probatorios, según los principios de la lógica, analizando detenidamente las pruebas rendidas en el juicio, su relación de las unas con las otras. Esta norma también está en armonía con los principios fundamentales del nuevo Código Procesal Penal, recientemente promulgado y publicado en el *D.O.* de 12 de octubre de 2000, según Ley 19.696, la que prescribe en su artículo 227 que la prueba es libre en su apreciación por los tribunales, esto es, según la sana crítica. Categóricamente el Código no se refiere a la sana crítica, como forma de ponderar la prueba, sino que se desprende de los boletines consultados sobre esta materia.

Esto no significa que el juez vaya a actuar en forma arbitraria, sino que siempre está sometido a ciertas normas, y en su fallo tendrá que señalar las razones jurídicas, las lógicas, científicas o técnicas, e indicando el valor probatorio o las desestime en definitiva. Tiene que existir un convencimiento íntimo en cada proceso que los medios probatorios sirvan para determinar, por el sentenciador, la culpabilidad o inocencia del procesado.

Dejaremos constancia que, en un comienzo, el proyecto señalaba para esta materia que el juez apreciará la prueba en conciencia, y no se contemplaba la apreciación según la sana crítica. Que como excepción en ciertos delitos, tales como los de hurto, robo, incendio, usura y en los de la Ley de Seguridad del Estado, se establece la apreciación de la prueba en conciencia.

Posteriormente, se cambió en virtud de una indicación que la prueba se apreciaría según las reglas de la sana crítica, agregando: "Este sistema combina los sistemas legal y el de la libre convicción y en él se deben respetar los medios de prueba y la forma de rendirla, pero su valoración y apreciación son flexibles, permitiendo la ponderación, la evaluación por el juez, conforme a las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de la equidad. Los tres elementos de este sistema descansan en la ciencia, la conciencia y la experiencia". (Ver *Boletín Cámara de Diputados* Nº 1.048-07-2, del 5 de julio de 1995).

Un cierto sector estima que esta norma probatoria, y de acuerdo a la técnica procesal penal, no debiera estar en el Código Penal, el que por esencia tipifica con-

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ducta ilícitas, sino que debiera haberse incorporado dentro de las normas del Código de Procedimiento Penal, pues tienen el carácter de adjetivas.

9. Modificación al delito de violación y de sodomía, seguida de muerte de la víctima

Otra innovación es la del artículo 372 bis, en el que se agrega como inciso 1º, nuevo: "El que con ocasión de violación cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo".

El actual inciso 1º, del 372 bis, pasa a ser 2º, con la siguiente redacción: "El que con ocasión de la violación por vía vaginal, si la víctima fuere mujer o por vía anal, si fuere hombre, cometiere además homicidio, será castigado con la pena de presidio perpetuo a muerte".

En la última parte se mantiene la aplicación de la discutida pena de muerte, no obstante que el pacto de San José de Costa Rica, suscrito por Chile, tiende a suprimirla, pues esta pena regía antes de la vigencia de dicha convención.

Según la historia de la ley, se conserva esta figura especial del concurso de delitos de violación y de sodomía, con el de homicidio, dejándose de lado la responsabilidad objetiva y debe, por lo tanto, considerarse en ellos su aspecto subjetivo, en especial la presencia del dolo.

Sin perjuicio de ello, se elimina del antiguo texto del 372 bis la sodomía, y se restringe la violación, sólo por la vía vaginal, y se excluye la anal o bucal, como lo hace la ley para este delito, y si la víctima fuere hombre, sólo es exclusivamente por la vía anal, lo que según algunos constituye sodomía agravada o calificada y según otros violación sodomítica.

Recordemos que el anterior artículo 372 bis del C.P. exponía "el que con motivo u ocasión de violación u sodomía causare, además, la muerte del ofendido será castigado con la pena de presidio completo a muerte". Este precepto en su oportunidad fue bastante criticado, pues empleaba el vocablo 'causare', siendo definido para algunos como un delito calificado por el resultado y no se consideraba el elemento culpabilidad. Lo que interesaba por lo tanto era el resultado de la muerte de la víctima aunque el sujeto no la hubiere provocado o fuera consecuencia de incluso un caso fortuito.

En la nueva escrituración el artículo 372 bis en su inciso 1º contiene la violación con el homicidio de la víctima como una figura simple, debiendo eso sí concurrir la figura del dolo, ya que se sustituyó el término causare por "cometiere". Y en su inciso 2º se trata de una figura calificada o agravada en la forma que allí señala, distinguiéndose si se trata de un hombre o una mujer y la vía para el acceso carnal.

10. Indemnizaciones

El artículo 370 señala que "además de la indemnización que corresponda conforme a las reglas generales, el condenado, por los delitos previstos en los artículos 361 a 366 bis, será obligado a dar alimentos, cuando proceda, según las normas del Código Civil".

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

11. Pérdida de la patria potestad y de otros beneficios

Sobre esta materia el nuevo artículo 370 bis preceptúa: "El que fuere condenado por alguno de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor.

El pariente condenado conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes".

12. Medidas de protección a la víctima

En la ley se agrega el artículo 372 *ter*, que contempla una serie de medidas de protección al ofendido y a su familia, frente a los atentados sexuales, las que podrán decretarse por el juez, a petición de parte o de oficio, en cualquier momento del proceso y por razones fundadas, además de las que se individualizan en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Dicho artículo dice: "En los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores, el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél".

13. El delito de incesto

Con respecto al delito de incesto, se crea un párrafo especial y se agregó el artículo 375, que reza: "El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio".

Se elimina en este artículo la distinción entre el parentesco legítimo o ilegítimo, y el de los ascendiente o descendiente por afinidad, y se mantiene sólo con respecto al parentesco consanguíneo, para estar con armonía la legislación penal con la nueva ley sobre filiación Nº 19.585, en actual vigencia.

En la anterior normativa, este delito estaba tipificado en el artículo 364, dentro de los llamados doctrinariamente delitos sexuales, en los que uno de sus elementos es la fuerza, el engaño o el abuso. En el presente, y según los boletines consultados "se traslada este delito a otro párrafo, en que no están tales elementos, toda vez que el incesto es un delito plurisubjetivo o bilateral, consensual, criminalizado por consideraciones eugenésicas y sociales".

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

14. Modificaciones a la Ley 18.216 para gozar de ciertos beneficios

El artículo 2º de la Ley 19.617 introduce una importante modificación, en lo relativo a la Ley 18.216, sobre remisión condicional de la pena y los beneficios alternativos de la libertad vigilada y la reclusión nocturna en lo atinente a los atentados sexuales, de violación de menores y la violación con resultado de muerte de menores de 12 años, en ambos casos.

Este artículo 2º de la nueva ley sustituye al 30 de la Ley 18.216, de la siguiente manera: "Tratándose de personas condenadas por la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en los párrafos 5 ó 6 del Título VII del Libro Segundo del Código Penal, el tribunal podrá imponer como condición para el otorgamiento de cualquiera de los beneficios previstos en esta ley que el condenado no ingrese ni acceda a las inmediaciones del hogar, el establecimiento educacional o el lugar de trabajo del ofendido.

La imposición de esta condición se sujetará a las mismas reglas aplicables a la resolución que concede, deniega o revoca los beneficios aludidos.

El quebrantamiento de esta condición producirá los mismos efectos de los artículos 6º, 11 y 19.

Tratándose de la prohibición de ingresar o acercarse al hogar, el tribunal la revocará si la víctima fuere cónyuge o conviviente del condenado y así lo solicitare, a menos que el tribunal tuviere fundamento para estimar que la solicitud es consecuencia de la coacción ejercida por el condenado o que la revocación pudiere poner en peligro a menores de edad".

Aquí, el legislador, considerando la gravedad de los crímenes sexuales, restringe estos beneficios que son comunes a todo tipo de delito y sólo cuando se enmarquen dentro de ciertas penas, y se cumpla con los demás requisitos legales.

Esta fue una de las indicaciones u observaciones formuladas por su Excelencia el Presidente de la República, ya que "con ellos se da una clara señal del reproche social que estos delitos producen en nuestra sociedad y, al mismo tiempo, se asegura que quienes sean condenados por ellos cumplan sus penas privados de libertad". (Ver diario de sesiones del Senado, Legislatura 340 Ordinaria, Sesión 4ª, 9 de junio de 1999, p. 447).

15. Sobre libertad condicional

Este cuerpo legal reemplaza al inciso segundo del artículo 3º del Decreto Ley Nº 321, de fecha 10 de marzo del año 1925, que se refiere al beneficio de la libertad condicional, la expresión violación o sodomía con resultado de muerte por "violación con homicidio, y violación de persona menor de 12 años".

A los condenados por tales delitos se les podrá conceder el beneficio referido, cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena y los demás requisitos que indica dicho Decreto Ley.

En el boletín citado de sesiones del Senado, Legislatura 340 ordinaria, se dejó constancia de lo siguiente: "El artículo 4º reemplaza el inciso segundo del artículo 3º del Decreto Ley Nº 321, de 1925, sobre libertad condicional. El propó-

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sito es guardar concordancia con los cambios que se efectúan al artículo 372 bis del Código Penal, para lo cual se sustituye la mención de la violación o sodomía con resultado de muerte por la de violación con homicidio, entre aquellos delitos a cuyos partícipes sólo se les puede conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena".

16. Reserva de la identidad de la víctima u ofendido

El artículo 3º de la Ley agrega un inciso 2º nuevo al artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, el que se refiere a la reserva de la identidad de la víctima, con respecto a terceros ajenos al juicio, la que reza: "En las causas relativas a los delitos previstos en los artículos 361 a 363 y 366 a 367 bis y, en lo que fuere aplicable, también en los delitos previstos en los artículos 365 y 375 del Código Penal, la identidad de la víctima se mantendrá en estricta reserva respecto de terceros ajenos al proceso, a menos que ella consienta expresamente en su divulgación. El juez deberá decretarlo así, y la reserva subsistirá incluso una vez que se encuentre afinada la causa. La infracción a lo anterior será sancionada conforme a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 189. El tribunal deberá adoptar las demás medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y asegurar que todas las actuaciones del proceso a que deba comparecer la víctima se lleven a cabo privadamente".

Recordemos que el inciso cuarto del artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, en el párrafo quinto de las declaraciones de testigos, preceptúa: "Si el testigo hiciere uso de este derecho, queda prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que conduzcan a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcione la información. En caso que la información sea difundida por algún medio de comunicación social, su director será castigado con una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales".

Por lo tanto, un punto de interés es que en las causas sobre atentados sexuales, la identidad de la víctima se mantendrá en estricta reserva respecto de terceros, ajenos al proceso, a menos que ella consienta expresamente en su divulgación. El juez deberá decretarlo así y la reserva subsistirá incluso una vez que se encuentre afinada la causa.

17. Exámenes médicos practicados en establecimientos de salud públicos o privados

En cuanto a la investigación de estos delitos sexuales, se agrega un artículo 145 bis al Código de Procedimiento Penal, en el sentido que "los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas, conducentes a acreditar el cuerpo del delito y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar las pruebas y muestras pertinentes.

Se levantará acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y por los profesionales que los hubieren practicado. Una copia se entregará a la víctima o a quien la tuviere bajo su cuidado y la otra, así como las muestras obtenidas y los resultados de los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y bajo estricta reserva en la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferior a un año, para ser remitidos al tribunal correspondiente.

Las copias del acta a que se refiere el inciso precedente tendrán el mérito probatorio señalado en los artículos 472 y 473, según corresponda" (se refiere al valor probatorio del informe pericial, que podrá constituir plena prueba o una presunción. Esto es nuestro).

Esta disposición es sumamente importante y obligatoria para todo tipo de establecimientos de salud, hospitales y clínicas, y deben practicar tales exámenes a solicitud del interesado. Este puede hacerse en forma inmediata, de haber ocurrido el delito de violación o del que se trate, y sin esperar las órdenes u oficios para el Instituto Médico Legal, ya que los rastros o huellas, o líquidos biológicos pueden desaparecer, y no se requiere orden judicial previa. Esto, en todo caso, no descarta que pueda ser realizado el examen en el Instituto Médico Legal, el que cuenta con los implementos necesarios para todos los efectos y con personal especializado con años de experiencia.

En el *Boletín de la Cámara de Diputados* Nº 1048-07-1, de 10 de mayo de 1995, se dejó constancia al respecto de lo siguiente: "Con esta disposición se pretende asegurar la práctica de los exámenes médicos y pruebas biológicas para constatar las huellas –ya no las lesiones– de la relación sexual y sus circunstancias, como asimismo las lesiones causadas, si las hubiere.

Se incorporan, así, a nuestra legislación procesal penal las disposiciones necesarias para establecer y asegurar la utilización de mecanismos de excelencia técnica, como la realización de exámenes de ADN, que puedan determinar la existencia del delito y la comprobación de la identidad del responsable".

Lo anterior, en nuestro concepto, es relevante en la investigación de los atentados sexuales, tanto para comprobar el cuerpo del delito, como la persona del delincuente, ya que la anterior legislación no contemplaba en sus normas especiales la comprobación de este ilícito, sino que en ciertos casos para otras figuras, tales como homicidio, suicidio, aborto y lesiones corporales. En varios atentados sexuales, tales como violación o estupro o abusos deshonestos, puede que no existan lesiones pero sí hay huellas que pueden servir en la investigación sumarial. Como quedó constancia al inicio de este trabajo, varios atentados sexuales son cometidos sin violencia y por parientes o familiares de la víctima.

El examen o pericia de ADN, en el presente, es uno de los que da mayor certeza y confiabilidad, en un 99%, el que se encuentra en todas las células y encierra un verdadero código genético de todos los organismos vivos, el que se ha empleado desde hace varios años en algunos países latinoamericanos, europeos, y en los Estados Unidos de Norteamérica, y no sólo en la investigación delictiva, sobre atentados sexuales, homicidio, etc., sino que también en el diagnóstico de la paternidad biológica. Famoso es el caso en los Estados Unidos de Norteamérica de las pruebas de ADN efectuadas en el juicio del estado de California con CL Orenthal

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

James Simpson, uno de los más publicitados de fines del siglo XX, por el que fue acusado de homicidio de su cónyuge y de un tercero.

18. En cuanto al careo

Se agrega un inciso final nuevo al artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "Tampoco procederá el careo entre inculpados o procesados y la víctima en los delitos contemplados en los artículos 361 a 367 bis del Código Penal y en el artículo 375 del mismo cuerpo legal. Si el juez lo estima indispensable para la comprobación del hecho o la identificación del delincuente, deberá emplear el procedimiento indicado en el inciso primero del artículo 355, reputándose a la víctima como testigo ausente, a menos que ella consienta expresamente en el careo".

Otro aspecto de la nueva ley es que se impide el careo entre el inculpado o procesado y la víctima de un atentado sexual, por las dificultades psicológicas que trae este verdadero confrontamiento procesal, que se produce cuando existen declaraciones contradictorias, a fin de que las expliquen o se pongan de acuerdo sobre la verdad de lo sucedido.

En el *Boletín de la Cámara de Diputados*, ya citado, Nº 1048-07-1, sobre el careo, se anotó: "La sola consideración de la naturaleza de esta diligencia permite apreciar cuan traumática puede resultar para la víctima de un delito sexual verse enfrentada con la persona que le ha vejado.

Es por eso que se establece que ella no procederá cuando pudiere ocasionar grave trastorno o sufrimiento moral al ofendido".

19. Derogación de normas sobre inhabilidad de testigos en razón de parentesco, edad, etc.

El nuevo artículo 463 bis, del Código de Procedimiento Penal, anota a la letra: "Tratándose de los delitos contemplados en los artículos 361 a 376 bis y 375 del Código Penal, no regirán las normas sobre inhabilidad de los testigos, contempladas en el artículo 460, que se funden en razones de edad, parentesco, convivencia o dependencia".

Esta norma está vinculada con la investigación del delito y el establecimiento de la persona del delincuente, y no rigiendo las inhabilidades basadas en edad, parentesco, convivencia o dependencia.

Estos delitos sexuales se cometen, en ciertos casos, en los propios domicilios u hogares de la víctima, o en lugares privados, razón por la cual, y según la actual legislación, los testigos que por regla general son inhábiles, en estos delitos su declaración o testimonio es válido.

20. En cuanto al acoso sexual

Sobre el acoso u hostigamiento sexual, el Parlamento rechazó la modificación para incorporarlo como delito sexual dentro de la tipología del Código Penal, ya que se estimó que esta conducta es reprochable, de acuerdo a las reglas generales del Código punitivo en el delito de amenazas y tiene además un contenido vincula-

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

do a la relación laboral, debiendo ser tratado especialmente dentro de la normativa del Código del Trabajo.

En todo caso, conviene tener presente que en los proyectos se pensaba sancionar incorporando un nuevo artículo para el acoso sexual, y se incurriría en esta figura penal: "El que abusando de la autoridad que le confiere su función o empleo, pretenda, mediante amenazas o presiones indebidas, obtener prestaciones sexuales de otra persona".

En el Boletín ya referido Nº 1048-07.1 se expresó en algunos de sus pasajes: "Al tenor de las recomendaciones de la Comunidad Económica Europea, el acoso sexual significa un comportamiento intempestivo de connotación sexual o cualquier comportamiento derivado del sexo, que afecta la dignidad del hombre y de la mujer en el trabajo.

Una serie de comportamientos pueden considerarse como determinantes en el acoso sexual. Es inaceptable cuando este comportamiento es intempestivo, abusivo y ofensivo para la persona que es víctima; el hecho de que una persona rechace o acepte tal comportamiento de parte de un empleador o trabajador (incluso del superior jerárquico o colega), se utiliza explícita o implícitamente como base de una decisión que afecta los derechos de esta persona en materia de capacitación profesional, del empleo y de su conservación, de promoción, de sueldo o de cualquier decisión relativa al empleo; o tal comportamiento crea un clima de intimidación, de hostilidad o de humillación respecto de la persona que es víctima".

"El interés sexual sólo llega a ser acoso sexual después que la víctima ha demostrado claramente que lo considera como ofensivo, aunque sólo el incidente de tal acoso pueda constituir para ella un acoso sexual que sea suficientemente grave. Es la naturaleza indeseable del comportamiento lo que distingue el acoso sexual del comportamiento amistoso, bien recibido y recíproco.

El acoso sexual es un problema de discriminación derivado del sexo, que es un factor determinante del hostigamiento, al cual debe ponerse término con medidas como las que se vienen proponiendo, sin perjuicio de incursionar también con otras en el ámbito laboral".

21. Conclusiones

21.1. La ley y de acuerdo con los boletines consultados, de la Cámara de Diputados y de sesiones del Congreso del Senado, se ocupó fundamentalmente del fenómeno de la violencia sexual en Chile, en especial lo relacionado con el delito de violación, ampliando los sujetos a futuro, tanto el hombre como la mujer, y las conductas de corte sexual, no sólo vaginal, sino que bucal y anal.

21.2. Penalización más severa a las violaciones, en ciertos casos.

21.3. Armonizar la legislación nacional con las teorías modernas, especialmente europeas, contempladas en otros códigos penales, en especial, francés, español y alemán.

21.4. Para la apreciación de la prueba, en estos delitos contra la libertad sexual, ésta se hace de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dándole más facultades al tribunal para fallar, el que en todo caso tiene que estar plenamente convenci-

Artículo: Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales
Revista: Nº206, año LXVII (Jul-Dic, 1999)
Autor: Hernán Silva Silva

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

do de la culpabilidad, y que se haya comprobado el cuerpo del delito y la participación del autor, por los medios legales de prueba.

21.5. Establecimiento de medidas de protección al ofendido, con un evidente marco de acentuación al respeto de la persona y de la dignidad humana.

21.6. Modificación del delito de abuso deshonesto, dando una definición de lo que debe entenderse por acción sexual.

21.7. Consideración de agravantes especiales, cuando la víctima sea pariente del hechor o personas que estuviesen a su cuidado.

21.8. La creación de ciertas medidas para los agresores, como la asistencia de programas educativos o terapéuticos para su posible rehabilitación.

21.9. En general, protección a los menores cuando son víctimas de los atentados sexuales. Limitaciones para el otorgamiento de los beneficios de la Ley 18.216 y los concedidos en el DL 321 a las personas condenadas por ciertos delitos sexuales, en atención a la gravedad de los mismos.